

Acórdão: 16.105/03/1ª  
Impugnação: 40.010109418-51  
Impugnante: Danone Ltda.  
Proc. S. Passivo: Sérgio Luiz Gambini/Outros  
PTA/AI: 01.000141536-27  
Inscrição Estadual: 518.038971.17-77(Autuada)  
Origem: AF/Poços de Caldas  
Rito: Ordinário

---

**EMENTA**

**IMPORTAÇÃO - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS - BASE DE CÁLCULO.** Constatado mediante conferência das operações de importação que a Impugnante recolheu ICMS a menor em virtude da falta de inclusão do imposto na base de cálculo. Infração caracterizada nos termos do artigo 49 do RICMS/96. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

---

**RELATÓRIO**

A autuação versa sobre a imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS, em operações de importação, em virtude da não inclusão do valor do ICMS na base de cálculo do imposto, no período de janeiro a julho de 2002.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 182/189, aos argumentos seguintes:

- inexistência divergência em relação aos documentos e provas relativas às operações de importação posto que as mesmas foram efetivamente realizadas;
- o presente processo envolve apenas uma questão de direito relativa à aplicação da legislação tributária concernente, em especial aos princípios constitucionais da legalidade, anterioridade, hierarquia e irretroatividade;
- a Emenda Constitucional nº 33/01, alterou o § 2º do artigo 155 da Constituição Federal, passando este a determinar que o montante do ICMS integra sua base de cálculo também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço;
- diante do princípio da anterioridade, somente à partir de 1º de janeiro de 2002 é que a base de cálculo das importações poderia ser alterada, mediante edição prévia de legislação infraconstitucional por parte dos Estados, restando também respeitado o princípio da legalidade;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- outros Estados da Federação tomaram providências neste sentido publicando legislação específica para a instituição da majoração da base de cálculo nas importações;

- o artigo 49 do RICMS/96 é dispositivo de Decreto publicado no ano de 1996, não podendo servir de base para a exigência em questão uma vez que a competência para aumentar a base de cálculo somente foi outorgada pela EC nº 33/01;

- não pode o Fisco mineiro querer dar eficácia a este dispositivo legal tendo em vista que o mesmo não foi reeditado com novo diploma legal após referida Emenda Constitucional. Esta falha apenas foi recentemente corrigida com a publicação do novo Regulamento do ICMS, em dezembro de 2002;

- no período referido nos autos, janeiro a julho de 2002, é impossível a cobrança deste aumento.

Requer ao final a procedência da Impugnação.

O Fisco manifesta-se contrariamente ao alegado pela defesa, às fls. 206/214, aos fundamentos que se seguem:

- a questão levantada na Impugnação não se encontra dentro da competência do CC/MG, por força do artigo 88 da CLTA/MG;

- o inciso III do artigo 146 da Constituição Federal de 1988 remete à Lei Complementar a atribuição para definir a base de cálculo dos impostos discriminados em seu corpo;

- a Lei Complementar n.º 87/96 definiu no §1º de seu artigo 13 que o montante do próprio imposto integra a base de cálculo, sendo que a legislação mineira dispõe igualmente em seus artigos 13 da Lei nº 6.763/75 e 49 do RICMS/96;

- com o advento da EC nº 33/01 o que houve foi a explicitação de um dispositivo legal preexistente no intuito de dirimir divergências quanto a sua aplicabilidade no caso das importações;

- o Estado de Minas Gerais, por não considerar sua legislação tributária incompatível com a referida Emenda Constitucional foi signatário do Convênio ICMS nº 77/02, o qual autorizou os Estados a dispensar os créditos tributários relativos à parcela do ICMS devido na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço, cujo fato gerador tenha ocorrido até o dia 31 de dezembro de 2001, decorrente da utilização de base de cálculo sem que o montante do imposto a integre;

- cita a Consulta de Contribuinte nº 125/02 que caracteriza a legalidade da inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo;

- é válida a capitulação do artigo 49 do RICMS/96 pois até a lavratura da peça fiscal sequer houve alteração na Lei nº 6.763/75 no que se refere à base de cálculo nas importações.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por fim pede a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 216/223, opina pela procedência do lançamento.

---

### **DECISÃO**

Por meio do lançamento ora discutido exige-se ICMS e MR em face da imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS devido na operação de importação de mercadoria do exterior, em virtude da não inclusão do valor do ICMS na base de cálculo do imposto, no período de janeiro a julho de 2002.

#### **Da Preliminar**

A Impugnante não questiona a efetividade das operações, ao contrário, admite ter realizado todas as importações relacionadas no Relatório Fiscal.

Ao desenvolver seus argumentos de defesa, tese considerações acerca de questões de direito, fundamentando sua posição na alegação de que o artigo 49 do RICMS/96 capitulado pelo Fisco não pode embasar a exigência fiscal, pois a inclusão do imposto na base de cálculo somente foi prevista na Constituição Federal a partir do advento da Emenda Constitucional n.º 33/01, portanto o dispositivo legal citado do decreto estadual é anterior, sendo ineficaz, pois exige tributo inexistente.

Assevera, portanto, que o Auto de Infração deve ser considerado nulo por ferir o princípio da irretroatividade das leis, bem como o princípio da legalidade, pois está baseado em norma que não encontra suporte na Constituição Federal, uma vez que foi criada antes da Emenda Constitucional.

Reza a CLTA/MG em seu artigo 88, inciso I, que não se inclui na competência do órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo. Desta forma, não cabe nesta instância a apreciação das razões de defesa apresentadas pela Impugnante, que se referem a questão de direito.

Ademais Não há razão para que se acate a argüição de nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que ao lavrá-lo o Fisco atendeu as disposições contidas no Código Tributário Nacional bem como aquelas presentes no artigo 58 da CLTA/MG.

Pelo exposto não merece acolhida a argüição de nulidade.

#### **Do Mérito**

Inicialmente cumpre esclarecer que o Auto de Infração em questão foi lavrado tendo em vista o descumprimento das determinações do artigo 49 do RICMS/96 o qual assim dispõe:

## CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Art. 49 - O montante do imposto integra a base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.”

De acordo com este dispositivo legal todo cálculo do ICMS a recolher deverá ser feito com a inclusão do montante do imposto a ser pago em sua própria base de cálculo, independentemente da operação realizada ser ou não importação de mercadorias do exterior. E, na hipótese dos autos a Impugnante não realizou esta inclusão o que resultou em recolhimento a menor do ICMS.

Acrescente-se que a Impugnante, em sua peça de defesa não questiona a ocorrência das importações nem a não inclusão do ICMS na base de cálculo do imposto devido posto que seus argumentos consistem no questionamento da legalidade/constitucionalidade do artigo 49 do RICMS/96 em face da Emenda Constitucional nº 33/01.

Especificamente quanto ao mérito da presente discussão, o qual reside na não inclusão do ICMS devido pela importação em sua própria base de cálculo, insta destacar que a confusão apontada pela Impugnante decorre da publicação da Emenda Constitucional nº 33/01, que também versou sobre este assunto.

No tocante à inclusão do ICMS em sua base de cálculo lembramos que esta exigência existe desde a edição da Lei Complementar nº 87/96, que em seu artigo 13 assim dispõe:

“Art. 13 - A base de cálculo do imposto é:

(..)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

(...)”

Conforme podemos perceber, a regra relativa à inclusão do montante do próprio imposto em sua base de cálculo não é nova, sendo válida desde a edição deste texto legal. Acrescente-se que em virtude do disposto na Lei Complementar nº 87/96 o Estado de Minas Gerais incluiu esta regra também em seus textos legais, quais sejam, artigo 13, §15 da Lei nº 6.763/75 e artigo 49 do RICMS/96, dispositivos estes plenamente em vigor.

Lembramos ainda, como bem esclarecido no Parecer da Auditoria Fiscal, que o Estado de Minas Gerais, não considera sua legislação tributária incompatível com referida Emenda Constitucional, tendo sido inclusive signatário do Convênio ICMS nº 77/02, o qual autorizou os Estados a dispensar os créditos tributários relativos à parcela do ICMS devido na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço, cujo fato gerador tenha ocorrido até o dia 31 de dezembro de 2001, decorrente da

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

utilização de base de cálculo sem que o montante do imposto a integre. Dispensa esta que não abrangeu o crédito ora exigido posto ser o mesmo relativo ao período de janeiro a julho de 2002.

No mérito, tal como já visto, a Impugnante admite expressamente ter realizado importações com o cálculo do imposto sem inclusão do ICMS na base de cálculo, ou seja, infringiu a legislação estadual e recolheu imposto a menor. Destarte, os demais argumentos apresentados pela mesma não são hábeis a ilidir o feito fiscal em análise.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia e Cláudia Campos Lopes Lara.

**Sala das Sessões, 07/05/03.**

**José Luiz Ricardo**  
**Presidente**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão**  
**Relatora**

LMMP/EJ/cecs